

Sobre a Atividade Probatória Judicial em Processo Penal

On Judicial Evidential Issues in Criminal Procedure

Rodrigo da Silva Brandalise*

Sumário

1. Introdução. 2. O Processo Penal. 3. A Verdade no Processo Penal 4. Os Sistemas Processuais. 4.1. O Sistema Acusatório. 4.2. Sistema Inquisitivo. 5. A Polêmica sobre a Atividade Probatória Judicial. 6. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo examina a questão relativa à atividade probatória judicial em processo penal, notadamente pela atualidade do tema no Brasil, a partir do enfrentamento de temas que lhe são inerentes, quais sejam, o próprio processo penal, a verdade por ele buscada e os sistemas processuais. Ao final, objetiva demonstrar que referida atividade probatória está umbilicalmente ligada com o sistema acusatório que tanto se cultua.

Abstract

This paper examines the question of the judicial evidential activity in criminal proceedings, from coping issues that are inherent, namely the criminal proceedings itself, the truth sought in criminal procedure and the procedural systems, notably because of the actuality of these subject in Brazil. Finally, it aims to demonstrate that such evidential activity is linked with the adversarial system that is desired.

Palavras-chave

Processo Penal. Verdade. Sistemas Processuais. Atividade Probatória Judicial.

Keywords

Criminal Procedure. Truth. Procedural Systems. Judicial Evidential Issues.

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça em Pelotas, RS, Brasil. Endereço eletrônico: rsbrandalise@gmail.com.

1. Introdução

Dentre diversos assuntos que perseguem o processo penal, um se mostra cada vez mais atual no contexto brasileiro.

Da permanente dicotomia entre sistema acusatório e sistema inquisitivo, aportou a discussão sobre a chamada “gestão da prova”. Por ela, a possibilidade de o juiz dispor de poderes instrutórios faria um retorno à Inquisição, pois a simples realização de uma prova em prol da acusação o colocaria como predisposto a condenar o réu,¹ ao passo que, ao não ter referido poder, estar-se-ia diante de um sistema acusatório, com a prova competindo às partes, unicamente. Referida discussão foi apresentada, no Brasil, no ano de 1993, quando do chamado *Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo*.

Assim, nos termos do artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal (CPP),² teríamos um processo penal inquisitorial vigente no direito brasileiro, segundo quem comunga tal opinião. Como alternativa, surgiu a proposição descrita no artigo 4º do Projeto nº 156 de 2009 do Senado Federal,³ que tornará positiva a determinação de que temos um sistema acusatório, com a ressalva de que o juiz poderá, apenas, produzir prova em prol da defesa.

Do que se disse, cabe perguntar: é essa a diferenciação de um sistema para o outro? O sistema acusatório estará maculado se o juiz participar, de ofício, da produção da prova? A ideia exposta no projeto expressa, de fato, o afastamento do processo inquisitório?

Responder estas e outras questões pertinentes, passando pelos pontos que se mostram adequados para tanto, é o objetivo do presente trabalho.

2. O Processo Penal

Porque precisamos de um processo penal?

¹ Nessa linha de raciocínio, podem ser citadas as seguintes decisões, sem prejuízo de outras tantas: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. *Habeas corpus* nº 70003938974, documento não paginado; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação crime nº 70022266498, documento não paginado. Ainda, há uma outra decisão que considera que o fato de o juiz poder produzir prova de ofício, no atual estágio do direito processual penal brasileiro, classificaria o nosso sistema como *sistema acusatório misto*, que representa a transição de um sistema inquisitório para um sistema acusatório (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Criminal. Apelação crime Nº 70050677673, documento não paginado).

² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

³ O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (artigo 4º). Isto apesar do que dispõe o art. 165, parágrafo único, do mesmo projeto, que afirma que será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

Para iniciarmos a resposta, ocorre-se à doutrina: “Não deve ser permitido a um particular fazer justiça a si mesmo, isto é, fazer o que não é permitido senão ao magistrado, pela autoridade pública que seu cargo lhe dá; pois, se assim não fosse, não resultariam senão desordens e violência”.⁴ Ou seja, a jurisdição é uma atividade substitutiva da dos membros da comunidade,⁵ surgindo quando a comunidade não cumpriu, por si mesma, as normas de conduta.⁶⁻⁷

No processo penal, o efeito jurídico da punição somente é possível com a atuação judicial, poder de Estado, pelo que ela é necessária (*nulla poena sine iudicio*).⁸ Portanto, não há que se falar em lide (pretensão resistida), porque, ainda que o réu aceitasse a pena de plano, haveria a necessidade de que o juízo se manifestasse. Assim, o que existe é um conflito de interesses de alta relevância social⁹ (de um lado, o interesse do Estado em punir os culpados; de outro, o interesse do acusado em permanecer em liberdade¹⁰⁻¹¹).

A compreensão de devido processo legal faz com que o processo venha, ao final, tutelar os interesses indispensáveis para a vida comunitária,¹² quais sejam, o direito à integridade física e moral, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à personalidade. Pelo que se quer dizer que ele não se define, apenas, pelo direito ao processo, mas também com o alcance de seu objetivo protetivo.¹³⁻¹⁴

Disso tudo cabe dizer que o objeto do processo penal é o direito de punir,

⁴ TUCCI, 2002, p. 18.

⁵ TUCCI, 2002, p. 21.

⁶ TUCCI, 2002, p. 23.

⁷ Como vem expressado na doutrina italiana: “*Il processo è il luogo rituale dell’esperienza umana dove il diritto è conosciuto, dichiarato e ricondotto dall’empireo delle norme generali ed astratte alla fattispecie concreta della quaestio facti.*” (CALLARI, 2012, p. 1).

⁸ TUCCI, 2002, p. 34.

⁹ Os direitos fundamentais estão definidos no contexto individual e coletivo, o que acaba por estabelecer deveres fundamentais do todos, inclusive ao Estado. O que se percebe da Constituição Federal é que o garantismo nela estabelecido prevê, igualmente, a proteção coletiva. Assim, a interpretação da Constituição não pode ser feita de forma literal. Ao prever a existência de direitos individuais e coletivos, e a necessidade de sua proteção, imprescindível estabelecer contornos constitucionais que admitam e exijam as duas proteções (FISCHER, 2013, p. 36-38).

¹⁰ TUCCI, 2002, p. 46 e 173.

¹¹ TORNAGHI, 1987, p. 88.

¹² Sem olvidar de que está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, também deve ser respeitada a dignidade pessoal do acusado (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 39). Também há de ser pontuada a garantia da ampla defesa, que compreende o direito de ser informado da postulação contra si, para que seja procedida a defesa, e que se consolida com a citação (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 61-62); a bilateralidade da audiência, consequência de poder manifestar-se sobre a atuação daquele que possui uma visão antagônica a sua (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 65); e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, pois, nos termos da Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹³ TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 16-17.

¹⁴ Por haver a discussão de interesses de especial relevo dentro do processo penal, não pode ele ser considerado como uma relação contratual, de forma meramente dispositiva, pois não pode ser deixado às partes o risco da impunidade ou da punição excessiva (NIEVA FENOLL, 2013, p. 40-41).

que pretence à jurisdição,¹⁵ não às partes.¹⁶⁻¹⁷ Assim, a ação penal corresponde ao exercício da jurisdição criminal para solução do conflito.¹⁸ Expressa, portanto, um meio, não um fim,¹⁹⁻²⁰ tanto que a ação penal independe do crime.²¹

O direito à jurisdição impõe o ônus de demandar e a conjunção do direito e do ônus forma o processo, pelo que se pode dizer que a ação é anterior a ele. O direito à jurisdição é conferido às pessoas em geral, ao passo que o dever de prestação jurisdicional somente é efetivado pelo Poder Judiciário.²²

O que deve estar presente é que o processo penal surge não pela prática do delito em si, mas para obter a compreensão de como ele foi praticado. Relevante expor que o Estado exerce a jurisdição penal porque, sem ela, não há como haver a imposição de qualquer pena ou medida de segurança.²³⁻²⁴

3. A Verdade no Processo Penal

O que o processo penal busca?

Há de ser observado que o processo penal caminha para o alcance de uma verdade, tanto mais próxima dela for possível, conforme os limites que a lei e as Constituições permitem.

A questão toma relevo porque estamos a tratar de Estado de Direito (no qual se busca o equilíbrio entre interesses estatais e individuais), e não mais de Estados-polícia (exemplo das ditaduras, em que se vê a possibilidade de largas punições, inclusive contra pessoas inocentes, onde o criminoso deixa de ser o indivíduo para ser o próprio Estado) e de Estados-observadores (de papel mais passivo, onde as relações são definidas pelo jogo de poderes, com a predominância da noção de

¹⁵ Como exposto no artigo 35 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.*

¹⁶ TUCCI, 2002, p. 49.

¹⁷ Aliás, oportuna a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por esta razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí por que não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. [...] Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da ‘verdade material’ [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal nº 470-AgR-segundo, p. 3-4).

¹⁸ TUCCI, 2002, p. 80.

¹⁹ TUCCI, 2002, p. 84.

²⁰ Novamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “Nos termos do art. 209 do CPP, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo. [...] Não prevê a legislação processual momento próprio para inquirição das testemunhas indicadas pelo juízo na forma dos arts. 156 e 209 do CPP, nem se verifica prejuízo à ampla defesa a inquirição ocorrida antes da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 95.319-SP, p. 1).

²¹ TUCCI, 2002, p. 85.

²² TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 13-14.

²³ TORNAGHI, 1987, p. 87-88.

²⁴ Por isto que é possível dizer que, mesmo desaparecido o interesse de quem acusa na condenação, permanece o interesse público duplice, o que mantém vivo o processo (TORNAGHI, 1987, p. 88).

imposição do direito pelo mais forte).²⁵

Há de se perceber a diferença entre os sistemas probatórios estabelecidos pela *common law* e pela *civil law*. No primeiro, dá-se especial confiança ao julgamento pelo Tribunal do Júri, que diz qual é a verdade, sem maiores preocupações com a verdade próxima do real (o júri brasileiro adota postura assemelhada). No segundo, a busca pela verdade é um princípio imprescindível ao sistema, com o juiz devendo estabelecer a verdade a partir dos meios de prova, de maneira racional.²⁶⁻²⁷

No Brasil, a primeira pergunta do interrogatório é, justamente, se a acusação é verdadeira (CPP, art. 187, § 2º, inc. I), do que se extrai que o juiz não pode fazer consideração por presunções e mentiras, quaisquer que sejam as origens delas.²⁸⁻²⁹ Até mesmo a confissão necessita ser confirmada pela prova (CPP, art. 158).

Da leitura da Constituição brasileira, nota-se que o próprio preâmbulo dela aponta em tal sentido, já que se assenta na liberdade, na segurança e na justiça, valores essenciais que não conseguem sustentáculo se embasados na mentira – exigem uma verdade que dê alicerce a eles.³⁰

Ainda conforme o direito brasileiro, isso vem disposto quando se observa que, mesmo sendo a ação penal pública obrigatória, o Ministério Público tem a missão de adotar as providências que sejam imprescindíveis ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, inc. II); a testemunha que mente é punida por falso testemunho, e deve ela cumprir com os requisitos que lhe conferem credibilidade (CPP, art. 203); no Tribunal do Júri, o juiz presidente deve adotar as diligências que forem necessárias para que o esclarecimento da verdade não seja prejudicado, seja de ofício, seja a pedido das partes, seja por qualquer jurado (CPP, art. 497, inc. XI).³¹

Em suma, a verdade processual, consequência que é da prova,³² perfectibiliza-

²⁵ GÖSSEL, 2004, p. 64-65.

²⁶ TARUFFO, 2012, p. 43-44.

²⁷ Somente a título de exemplo, para relatar um trecho da história da verdade no processo penal, cumpre considerar que os ordálios não serviam, propriamente, como prova para o juízo, mas para a parte adversa, na medida em que usado para acelerar a resolução e determinar a aceitação do resultado por aquele que perdeu. Eram usados, contudo, quando os meios de prova comuns não eram suficientes para a resolução do conflito, sem maiores preocupações com a verdade (TARUFFO, 2012, p. 22). Entretanto, no século VIII, houve a definição da verdade objetiva como fim a ser buscado pelo processo, com a substituição dos ordálios. Com tal desiderato, a verdade passa a ser buscada pelas partes e pelo juízo, que tinha ativa participação na definição dela, ainda que pelo método da *inquisitio*, pelo qual várias testemunhas eram inquiridas (TARUFFO, 2012, p. 26-27).

²⁸ ARAS, 2013, p. 250.

²⁹ Aliás, não custa relembrar no próprio Código de Processo Penal brasileiro que a chamada dúvida é a última das hipóteses de absolvição, o que demonstra estar o diploma legal muito mais interessado em obter uma aproximação com a verdade como motivo de um julgamento de improcedência da ação penal. Como diz o artigo 386: *O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.*

³⁰ ARAS, 2013, p. 250.

³¹ ARAS, 2013, p. 251-252.

³² *“La prueba tiene que suponer un intento decidido de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes (...)”* (MONTERO AROCA, 2014, p. 32).

se como a imagem idealizada daquilo que foi apresentado no processo. Seu ápice surge com o fenômeno da coisa julgada, cujo principal objetivo é a proibição da continuidade de discussão acerca dos fatos, com o que soluciona o conflito estabelecido.³³ Tal verdade encontra barreiras na averiguação da culpabilidade do criminoso, que pode fazer com que sejam ocultadas motivações relacionadas com as práticas, dado que a verdade processual encontra-se naquilo que é possível provar.³⁴ O objetivo do processo penal, portanto, não é a verdade em si, mas a fixação da responsabilidade, a imputação e a demonstração de que não cabe a aplicação da presunção de inocência àquele acusado.³⁵⁻³⁶

O que deve estar presente é a compreensão de que não se modula a verdade, já que esta é sempre uma. O que pode ser qualificado é o conhecimento e a confirmação dela, que pode ser relativo ou absoluto, o que dependerá de quão próximo ele chega da verdade que se quer demonstrar,³⁷ apesar de ser certo que o conhecimento da verdade é limitado ao juiz³⁸ - afinal, há, p. ex., os sigilos constitucionais e a impossibilidade de violação de domicílio.

Importante notar que a noção de verdade não se confunde com a de certeza, p. ex... Para tanto, basta recordar que a Terra tem formato quase esférico e, por longo tempo em nossa História, havia a certeza de que a Terra era plana, o que demonstra que as certezas e convicções pessoais nem sempre retratam a realidade tal como ela ocorre/ocorreu.³⁹

4. Os Sistemas Processuais

Tradicionalmente, os sistemas processuais são apresentados como acusatórios e inquisitoriais.

³³ GALAIN PALERMO, 2011, p. 266.

³⁴ “[...] Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la ‘búsqueda de la verdad’ como un objetivo central del procedimiento penal. La verdad empírica o jurídica que se obtiene en el proceso penal es una verdad histórica limitada normativamente, que no puede ser asimilada a la verdad histórica o fáctica, aquella que se concentra en la mera sucesión de hechos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal [...] Véase que, aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el ‘examen de verdad’ que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamiento, y este deber de ‘averiguación de la verdad’ no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan solo de averiguar la ‘verdad del hecho’ que le es presentado al juez por iniciativa ajena. Además, todas las garantías que rodean al indagado y las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la ‘búsqueda de la verdad’ en un sentido amplio, factual o histórico.” (GALAIN PALERMO, 2011, p. 264-265).

³⁵ GALAIN PALERMO, 2011, p. 268.

³⁶ Encontrar a verdade não é o fim ao qual o Direito se submete. Ele existe para legitimar a apuração de fatos e a punição daqueles que os cometeram, caso previstos como condutas criminosas. A retribuição é consequência do que se pode assim denominar como “merecimento” e “necessidade” da punição, cuja validade decorre da função de evitar a prática de novas condutas assemelhadas (GALAIN PALERMO, 2011, p. 280).

³⁷ TARUFFO, 2012, p. 105.

³⁸ TARUFFO, 2012, p. 107.

³⁹ TARUFFO, 2012, p. 108-110.

4.1. O Sistema Acusatório

O sistema acusatório caracteriza-se, dentre outras, pela separação entre o julgador e o acusador, com o intuito de garantir a imparcialidade do primeiro, que funciona como um mediador dos demais sujeitos processuais, que se confrontam em igualdade de armas,⁴⁰ e formam, assim, o contraditório e o livre convencimento judicial.⁴¹

Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da dialética dentre aqueles que possuem interesses contrapostos nos processos.⁴²

O berço do sistema acusatório foi o direito ateniense, já que o poder emanava do povo.⁴³ Como exemplos de modelo acusatório, podem ser citados o direito grego (iniciava com uma acusação de cunho privado e se desenvolvia com um processo de partes) e o direito romano durante a República (surgia com uma acusação particular e estava presente a imparcialidade de quem julgava em relação a ela).⁴⁴ No sistema acusatório clássico, prevalecia a figura do acusador particular⁴⁵ sobre o público, situação inversa àquela encontrada no sistema atual, tido como contemporâneo.⁴⁶ A imagem clássica perdeu importância por causas identificadas com a diminuição da punição, a existência de imputações acusatórias falsas e a construção de verdades processuais modificadas, uma diminuta proteção ao acusador particular e aos seus familiares, o que também acontecia com as testemunhas, e a não execução das sentenças – defeitos que também levaram ao surgimento do sistema inquisitivo.⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹

Mas ele não se realizou apenas na Antiguidade. Quando do período republicano, Roma buscou seu modelo de sistema junto ao Direito Ateniense, firmando o modelo acusatório, o que acabou por ser difundido quando da consolidação do império romano, que influenciou o modelo inglês, não o contrário.⁵⁰ Neste período da República, moldado pela acusatoriedade, havia um órgão colegiado composto por cinquenta cidadãos, enquanto o acusador cuidava da investigação que embasava a posterior acusação.⁵¹

Na atualidade, outros exemplos de sistema acusatório podem ser apresentados.

Por certo, começa-se com os europeus, seja por sua importância no mundo jurídico internacional, seja por ter sido a origem do ordenamento jurídico brasileiro. Como percepção

⁴⁰ ANDRADE, 2013, p. 111.

⁴¹ SOUSA MENDES, 2013, p. 26-27.

⁴² TONINI; CONTI, 2014, p. 13.

⁴³ ANDRADE, 2010b, p. 16.

⁴⁴ SOUSA MENDES, 2013, p. 22-26.

⁴⁵ No caso, qualquer cidadão podia, devidamente munido de provas, apresentar a acusação ao povo. Assim, o cidadão incumbia-se da função de defender o interesse coletivo (TUCCI, 1976, p. 144).

⁴⁶ Consoante sustenta Andrade, 2013, p. 107-110.

⁴⁷ ANDRADE, 2013, p. 107-110.

⁴⁸ TUCCI, 1976, p. 86.

⁴⁹ Aliás, também cabe apresentar que, em Roma antiga, o processo acusatório mostrou-se insuficiente à repressão, bem como que o acusador tornava-se vítima de vinditas advindas do acusado (TUCCI, 1976, p. 160).

⁵⁰ ANDRADE, 2010b, p. 16-17.

⁵¹ TUCCI, 1976, p. 149 e 153.

primeira, no direito europeu continental em geral, vige a ideia de obrigatoriedade, que exige a indisponibilidade da ação penal, para que não seja aquela burlada pela forma de atuação do acusador público em momento posterior ao oferecimento.⁵²

Assim, há a necessidade de busca da *conformidade ao direito*, com a correta aplicação da lei aos fatos, o que acaba por ser o fim da jurisdição. O processo persegue a existência de uma situação juridicamente relevante – a verdade é o substrato básico da legalidade da decisão.⁵³

Por primeiro, então, menciona-se o processo penal alemão. Aqui, vige o princípio da investigação (*Instruktionsmaxime*) e o princípio da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*).⁵⁴⁻⁵⁵ Assim, está assentado na busca pela verdade material e a correta decisão ao caso concreto. Para tanto, o juiz, de forma independente e imparcial, também participa da busca desta verdade, lastreado nos princípios da publicidade, oralidade e imediação.⁵⁶

Pela importância e pela longínqua influência junto ao ordenamento jurídico português,⁵⁷ cabe dizer que, na Itália, vigora o sistema acusatório,⁵⁸ com a possibilidade da prova de ofício pelo juízo.⁵⁹

Na Itália, o contraditório é visto como um direito individual, bem como uma forma de avaliação do fato. Como consequência, não está à disposição das partes, na medida em que o juízo pode determinar a produção de provas, como forma de suprir a inércia ou o erro dos outros sujeitos processuais.⁶⁰

Aqui, também, vige o princípio da legalidade/obrigatoriedade do

⁵² ANDRADE, 2010b, p. 21.

⁵³ TARUFFO, 2012, p. 139-140.

⁵⁴ GALAIN PALERMO, 2006, p. 49.

⁵⁵ A isto, adiciona-se a noção de que há um procedimento de cunho preparatório, controlado pelo Ministério Público (SCHÜNEMANN, 2013, p. 299-300).

⁵⁶ KOBOR, 2008, p. 106-108.

⁵⁷ Como explica Page (2011, p. 41): “Portuguese laws are founded on Roman ones. This is for reasons distinct from those of other European countries, which took on the Roman model through adopting Napoleonic Code, at the beginning of the nineteenth century. For 2.000 years now, the Portuguese have shown a consistent preference for the Roman legal system (...). On the expulsion of the Moors, the founding fathers of the new Portugal promulgated a Roman legal system again.”

⁵⁸ Na Itália, ainda que não tenha havido a previsão constitucional, a Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987, estabeleceu o sistema acusatório igualmente (L. 16 febbraio 1987, nº 81. *Delega Legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale (Suppl. ord. Alla G.U. Serie gen. nº 62 del 16 marzo 1987).* – [...] – “2.1. Il Codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificati dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: 73. [...] potere del presidente, anche su richiesta di altri componente del collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovo od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all’imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l’esame; potere del giudice di disporre l’assunzione di mezzi di prova – extraído de ANDRADE, 2010b, p. 4).

⁵⁹ Como consta em Andrade (2010b, p. 6) e no Código de Processo Penal italiano: Art. 190. *Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468). 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603). Art. 507. Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove.*

⁶⁰ TONINI; CONTI, 2014, p. 39.

oferecimento da ação penal, nos termos do artigo 112º da Constituição italiana (*il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*). Visa, antes de tudo, realizar o tratamento mais igualitário entre todos aqueles envolvidos no delito, com o firme propósito de evitar-se a existência de pressão externa na atuação do órgão responsável pela acusação, submetida ao controle judicial.⁶¹

Já em Portugal (primeira base jurídica que o Brasil teve), vige a estrutura acusatória por expressa previsão constitucional,⁶² além da presença de um princípio investigatório.⁶³ A valoração realizada pelos magistrados do Ministério Público lusitano está atrelada ao princípio da legalidade⁶⁴ e à objetividade que o determina.⁶⁵

Nesse último, reconhece a doutrina a existência de um sistema acusatório comum ao mesmo sistema adotado no continente europeu, decorrente da separação entre quem acusa e quem julga, bem como porque o arguido possui o direito de conhecer a acusação contra si disposta, justamente para o exercício do contraditório (bases para a produção da verdade em juízo).⁶⁶

Mantendo-se dentro do espectro europeu, mas saindo do continente, tem-se o chamado direito anglo-saxônico, que originou a *common law*, e que, além das ilhas britânicas, encontra maior repercussão no direito americano. Caracteriza-se pela adversariedade,⁶⁷ que consiste em uma variação do modelo acusatório, em que prevalece a disputa entre as partes⁶⁸ frente a um julgador que se posiciona mais próximo de um árbitro durante a persecução.⁶⁹

Assim, vige a noção de *oportunidade* da ação penal, já que é possível a *disponibilidade* do processo e de seu objeto, bem como que há a necessidade de uma *verdade* que as partes entendam como adequada dentro do processo, o que também justifica a via negociada para satisfação de suas conveniências,⁷⁰⁻⁷¹ com o

⁶¹ PIZZI E MONTAGNA, 2004, p. 441.

⁶² Constituição da República de Portugal, artigo 32º, nº 5.

⁶³ Código de Processo Penal, artigo 340; e Figueiredo Dias (2011, p. 46). Mesquita (2010, p. 52), por tais razões, define o modelo português como um *acusatório integrado pelo princípio da investigação* que encontra sua base de legitimação nas ideias éticas e políticas do sistema que busca aplicar.

⁶⁴ Constituição da República de Portugal, artigo 219º, nº 1.

⁶⁵ CAEIRO, 2000, p. 34.

⁶⁶ MESQUITA, 2010, p. 435-436.

⁶⁷ A doutrina aponta que a adversariedade é, de fato, temperada por interesses de justiça. Isto porque o *prosecutor* tem a obrigação de informar as provas em favor do acusado, mesmo que diga quanto à pena a ser imposta. Entretanto, é de salientar que a mesma obrigação não é imposta aos defensores que têm conhecimento de provas em favor da acusação e que, por esta, não é conhecida (PIZZI, 1999, p. 148-149).

⁶⁸ Nele, o órgão acusador e o arguido são colocados em uma condição de igualdade, de forma a ser protegida a autonomia do último, para que ele possa exercer sua liberdade defensiva, sendo que o sistema pressupõe a existência da verdade para confirmar suas versões, a partir desta mencionada igualdade (WEIGEND, 2003, p.159).

⁶⁹ MESQUITA, 2010, p. 49-50.

⁷⁰ TORRÃO, 2000, p. 46.

⁷¹ Importante notar que a passividade judicial originou-se da conveniência dos julgadores, notadamente porque os jurados desejavam o rápido julgamento para logo voltarem aos seus afazeres, porque não desejavam alongar as instruções para que o próprio julgamento não se alongasse, o que acabou por sacramentar a visão de que o processo penal era algo disponível conforme o interesse das partes (ANDRADE, 2010b, p. 19-20) – aliás, não é demais apontar que esta passividade do jurado também é presente no júri brasileiro, pois a prática bem demonstra que os jurados, em sua grande maioria, querem

firme propósito de evitar o julgamento e as mais graves consequências decorrentes do júri, pelo que havia a renúncia ao direito de julgamento pelo colegiado em troca de um apenamento minorado.⁷²⁻⁷³

Nessa realidade anglo-saxônica, em suma, o julgamento é a demonstração da vitória de uma parte sobre a outra.⁷⁴

4.2. Sistema Inquisitivo

No outro extremo, apresentou-se o sistema inquisitivo.⁷⁵ Tal sistema ficou conhecido pela possibilidade de concentração da investigação, da acusação e do julgamento em um titular apenas,⁷⁶ quando ausente outro responsável pela acusação.⁷⁷ Surgia, assim, o chamado processo de ofício.⁷⁸

livrar-se o mais rápido possível do estorvo que é a participação nos julgamentos.

⁷² FEELEY, 1997, p. 198-200.

⁷³ De ser apontado que os juízes americanos não se mostraram muito dispostos a receberem a possibilidade de julgamento de delitos graves nos chamados *bench trials* – afinal, se 12 jurados decidiam de um mesmo jeito, muito mais correta deveria ser a decisão. Assim, os juízes protegeram-se da responsabilidade moral e jurídica, bem como da impopularidade eventualmente dali decorrente, através da concordância com as proposições feitas pelo Ministério Público e aceitas pelo acusado (LANGBEIN, 1979, p. 269-270).

⁷⁴ SCHÜNEMANN, 2013, p. 248-249.

⁷⁵ A doutrina orienta que o processo penal romano apresentava a coexistência dos dois sistemas: o chamado *iudicium publicum* era pautado pela forma acusatória, enquanto que a *cognitio* era norteada pelo espírito inquisitório, que já apresentava a mistura do julgador e do acusador na mesma função (TUCCI, 1976, p. 85). Isto também foi impulsionado pela limitação ao número de acusações ao mesmo tempo, com a criação de impedimentos aos parentes para testemunhar, a obrigatoriedade de indicação de lugar e hora do crime, pelo aumento do número de crimes de lesa-majestade e pela possibilidade de prisão preventiva de quem acusava (TUCCI, 1976, p. 174). O sistema inquisitivo da Igreja Católica foi a incorporação do sistema inquisitivo que existia no direito romano na época do Império. Contou com forte apelo popular, em face dos efeitos de segurança pública que não aconteciam com o princípio dispositivo do sistema acusatório republicano (ANDRADE, 2010b, p. 24-25). Após a superação do direito local que caracterizava o Feudalismo pelo direito centralizado do advento das monarquias europeias, o direito canônico era o que melhor se adaptava a esta nova concepção de poder, o que ocasionou a recepção do direito romano-canônico por toda a Europa, salvo na Inglaterra, onde não se professava o direito romano nas universidades (ANDRADE, 2013, p. 279-281).

⁷⁶ Vale assentar que há opiniões, como a de Montero Aroca (2014, p. 60-61), no sentido de que inexistiu processo no chamado sistema inquisitivo, na medida em que não se pode falar em processo quando o julgador e o acusador venha a se confundir na mesma pessoa, tanto que define a expressão “processo inquisitorial” em uma contradição em seus próprios termos, ou um oxímoro.

⁷⁷ “Satisfeitos os Inquisidores que a matéria é de fé pelo parecer dos teólogos, ou cerimônia conhecida de judeus ou mouros, heresia ou realização manifesta e de que não se pode duvidar, o Fiscal faça sua denúncia contra tal pessoa ou pessoas, pedindo sejam presos, apresentando a dita imputação e qualificação” (ANDRADE, 2006, p. 101, instruções de Valdés). Ou então: “Existe processo por acusação se, na frente do inquisidor, alguém acusar outra pessoa de heresia, manifestar sua vontade de provar sua acusação e declarar que aceita a lei de talião, segundo a qual o acusador aceita, se perder, pagar a pena que o acusado pagaria, se ficasse provada a culpa deste último” (EYMERICH, 1993, p. 106). Como já existia no direito processual penal romano, “se a sanção imposta fosse a capital, e o magistrado não recebesse a *provocatio ad populum* com efeito suspensivo de sua execução, determinando, por conseguinte, a efetivação desta, assumia, curiosamente, a condição de simples particular, autor de crime de homicídio, sempre que cassado pelo Povo seu veredito impositivo de pena de morte...” (TUCCI, 1976, p. 136).

⁷⁸ Ato processual que poderia acontecer, inclusive, com base na voz corrente, como se dava em Portugal (ANDRADE, 2013, p. 321). Na fonte: “Se não existir confissão espontânea, nem tampouco acusação ou delação, e sim boatos, numa determinada cidade ou região, de que alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé ou em favor dos hereges, neste caso, o inquisidor deverá investigar, não na instância de uma das

Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da autoridade, que acumularia todas as funções processuais (juiz, acusador e, até mesmo, de defensor do acusado).⁷⁹

Em linhas gerais, a Inquisição tinha como escopo a punição daqueles que praticavam a heresia⁸⁰ ou a apostasia (que vem a ser o abandono da fé). Ainda, daqueles que guardavam ou praticavam ritos e cerimônias judaicas ou qualquer outra que fosse contrária à fé do Cristianismo.⁸¹

De ser observado que, apesar das críticas que são comumente impostas ao período da Inquisição, algumas de suas previsões ainda estão presentes na atualidade jurídica brasileira (para não dizer na de outros países), e que são tidas como relevantes para a aplicação de um devido processo legal. Para tanto, podem ser citados:

- a) a exigência de prazo razoável na duração do processo (Constituição Federal 88, artigo 5º, inciso LXXVIII),⁸²
- b) a necessidade de cumprimento de requisitos para a decretação de prisão preventiva (CPP, artigo 312 e artigo 313),⁸³

partes, mas segundo suas próprias atribuições” (EYMERICH, 1993, p. 108). Mais uma vez: “No processo por acusação, o inquisidor manda o acusador dar os nomes das testemunhas: estas serão citadas e interrogadas sob juramento. Se ficar claro que não acrescentam nada à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador a desistir. Se ficar claro que os depoimentos das testemunhas acrescentam algo à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador contentar-se em ser o delator, para que o inquisidor possa “proceder” segundo suas atribuições e não enquanto solicitante de uma das partes, e para que o acusador não se exponha a gravíssimos riscos. Se ficar evidenciado que as testemunhas confirmam plenamente a acusação e se o acusador tiver muito empenho em acusar, e não apenas em denunciar, o inquisidor deverá investigar exaustivamente as testemunhas, em presença do escrivão e de duas delas, fazendo-lhes, primeiramente, jurar, sobre os quatro Evangelhos, dizer a verdade” (EYMERICH, 1993, p. 110-111).

⁷⁹ TONINI; CONTI, 2014, p. 11.

⁸⁰ “Pois para que uma pessoa seja corretamente julgada como herege há de preencher cinco condições. Primeiro, há de estar em erro de julgamento ou de raciocínio. Segundo, o erro há de tratar de assuntos pertinentes à fé, seja contrário ao ensinamento da Igreja como a fé verdadeira, ou contrário à sã moralidade e, portanto, não conduzindo a alma do indivíduo à vida eterna. Terceiro, o erro há de encontrar-se naquele que professou a fé Católica, caso contrário seria um judeu ou pagão, e não um herege. Quarto, o erro há de ser de tal natureza que aquele que o defende ainda preserve alguma verdade no Cristo, no que tange à Sua Majestade ou à Sua Humanidade; porque se um homem nega inteiramente a fé, é na verdade um apóstata. Quinto, há de ser pertinaz e obstinado na defesa de seu erro. Pois que esse é o sentido do Cânon onde trata da heresia e dos hereges é provado da seguinte maneira (não com o pretexto de refutação, mas com o de consubstanciar a glosa dos Canonistas)” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 384).

⁸¹ “E também que no fim do mesmo sermão publiquem os ditos inquisidores e façam publicar um termo de graça com trinta e quarenta dias como mais virem, para que todas as pessoas assim homens como mulheres que se encontrem culpados em qualquer pecado de heresia ou de apostasia ou de guardar ou de fazer os ritos e cerimônias dos Judeus ou outros quaisquer que sejam contrários à religião cristã [...]” (ANDRADE, 2006, p. 24-25, instruções de Torquemada).

⁸² “E também acordaram e ordenaram que os que forem presos por este delito: que não sejam fatigados nas prisões e na dilação do tempo que logo se faça o processo com eles: porque não haja lugar de queixar -se: e não se detenham a causa de não haver inteira prova: pois que é causa que quando sobrevém prova se pode de novo agir não obstante a sentença que for dada” (ANDRADE, 2006, p. 43, instruções de Torquemada).

⁸³ “E também que os inquisidores tenham tento no prender: e não prendam nenhum sem ter suficiente prova para isso [...]” (ANDRADE, 2006, p. 53, instruções de Torquemada).

c) a necessidade de prova que não seja meramente indiciária⁸⁴ e que supere a presunção de inocência ou a dúvida para condenação (Constituição Federal 88, artigo 5º, inciso LVII e CPP, artigo 386, inciso VII);⁸⁵

d) a punição do crime de falso testemunho (Código Penal, artigo 342; CPP, artigo 211)⁸⁶ e a hipótese de suspeição de testemunhas (CPP, artigo 206; CPP, artigo 214);⁸⁷

e) a necessidade de preservação da imparcialidade,⁸⁸ sem que se possa falar em suborno ou corrupção de quem atuava na função de Inquisidor⁸⁹ (CPP, artigo 252 a 255; CPP, artigo 564, inciso I);

f) a proteção do terceiro de boa-fé, como se vê nas hipóteses de medidas assecuratórias (p. ex., CPP, artigo 130, inciso II, e CPP, artigo 131, inciso II) ou nos efeitos da sentença criminal (Código Penal, artigo 91, inciso II, parte final);⁹⁰

g) e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal 88, artigo 93, inciso X).⁹¹

⁸⁴ “Convém tornar a assinalar se o Juiz pode condenar, imparcialmente, uma pessoa pelo crime de heresia com base no depoimento de testemunhas que divergem entre si, ou que simplesmente reforçam uma acusação geral. Cumpre responder que não, em qualquer dessas situações. Mormente porque, como dissemos, as provas nesses casos devem ser mais claras do que a luz do dia. Portanto, nessa causa em particular, ninguém pode ser condenado com base em evidências meramente de presunção [...]” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 402).

⁸⁵ “Dois depoimentos criam uma convicção, o que não significa que justifiquem uma condenação. De acordo com o crime, o inquisidor aplicará a punição, a abjuração ou a tortura. Na verdade, não seria muito prudente condenar um homem de boa reputação – e até de má reputação – baseando-se, apenas, em dois depoimentos” (EYMERICH, 1993, p. 220).

⁸⁶ “E também que os inquisidores castiguem e deem pena pública conforme ao direito às testemunhas que acharem falsas” (ANDRADE, 2006, p. 54, instruções de Torquemada).

⁸⁷ “[...] Esta é a única exceção ao princípio geral sobre a validade universal dos testemunhos, tal como foi estabelecida pelos Concílios de Béziers e Narbona. Os casos de inimizade mortal são inúmeros e variados. Sua origem é a seguinte: violência, ameaças de morte contra si e contra familiares, injúrias particularmente graves, violação da mulher, irmã ou filha e atentado à propriedade” (EYMERICH, 1993, p. 217).

⁸⁸ “Outrossim que em nenhuma Inquisição se ponha Inquisidor nem oficial da Inquisição que seja parente nem criado de Inquisidor nem de oficial algum na mesma Inquisição” (ANDRADE, 2006, p. 81, instruções de Torquemada).

⁸⁹ “E também que nenhum Inquisidor nem oficial assim do Conselho como das Inquisições não recebam presentes de comer nem beber nem dádiva nenhuma de qualquer qualidade que seja de nenhuma pessoa nem de oficial da Inquisição, e se algum se achar assim maior como menor haver tomado alguma coisa de um real acima: que seja privado e revogado do ofício sendo convencido disso: e devolva o que levou com o dobro: e pague dez mil maravedis de pena: os quais retenha o Receptor em si de seu salário porque seja ao castigo e a outros exemplos: e o que o tal souber e não o revelar na visitação ou aos do conselho/que haja a mesma pena” (ANDRADE, 2006, p. 82, instruções de Torquemada).

⁹⁰ “[...] Mas por usar de clemência e humanidade com seus vassalos: e porque se alguns com boa-fé contrataram com os tais hereges não sejam fatigados: como quer que o direito pode fazer outra coisa: mandam suas altezas que todas as vendas e doações e trocas e quaisquer outros contratos que os ditos hereges, quer sejam condenados, quer reconciliados, fizeram antes que começasse o ano de setenta e nove/valham e sejam firmes contanto que se prove legitimamente com testemunhas dignas de fé ou por escrituras autênticas que sejam verdadeiras e não simuladas [...]” (ANDRADE, 2006, p. 88, instruções de Torquemada).

⁹¹ “Posta a causa neste estado, os inquisidores juntarão consigo ao ordinário e consultores do santo ofício,

5. A Polêmica sobre a Atividade Probatória Judicial

Feitas tais digressões, chega-se à polêmica sobre a atividade probatória judicial.

Nossa Constituição não estabeleceu o sistema processual penal que deveria ser adotado no Brasil, mas estabeleceu um sistema de garantias⁹² que, em momento algum, impede a atividade probatória do juiz. Confere, porém, a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, nos termos do seu artigo 129, inciso I.⁹³

Como consequência, os Tribunais vieram a interpretar nosso contexto e, assim, acabaram por definir haver um sistema acusatório.⁹⁴⁻⁹⁵ Surgiu, assim, a janela necessária para a discussão sobre a gestão da prova em território pátrio.

Como já mencionado, o grande cerne da questão sobre a gestão da prova,⁹⁶ em território brasileiro, está no conteúdo do artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal e deságua no artigo 4º do Projeto nº 156 de 2009 do Senado Federal.

Parte-se do que se pode afirmar ser um pensamento esquizofrênico: se o juiz produzir prova em prol da acusação, estará ele prejudicado em sua imparcialidade,⁹⁷ pelo que passa a impressão de que o sistema inquisitivo somente admitiria a produção de prova pelo juízo em prol da acusação.⁹⁸

aos quais comunicarão todo o processo sem que falte coisa substancial dele: e visto por todos se votará, dando cada um seu parecer conforme ao que sua consciência lhe ditar: votando sua ordem, primeiro os consultores e depois o ordinário e depois os Inquisidores: os quais votarão em presença dos consultores e ordinário para que todos entendam seus motivos, e porque se tiverem diferente parecer se satisfaçam os consultores de que os Inquisidores se movem conforme o direito e não por sua livre vontade. E o notário assentará o voto de cada um particularmente no registro dos votos, e assim se apontará no processo. E devem os Inquisidores deixar votar aos consultores com toda liberdade: e não consentam que nenhum atravesse nem fale senão em seu lugar. E porque no ofício da inquisição não há relator, o Inquisidor mais antigo porá o caso não significando seu voto, e logo o leia o notário. E o Fiscal se achará presente e se assentará abaixo dos consultores: e antes que se comece a votar sairá da sala onde foi visto" (ANDRADE, 2006, p. 115, instruções de Valdés).

⁹² ANDRADE, 2010a, p. 3.

⁹³ "Em suma, e já agora na expressão de Castro Nunes, endossando manifestação de Jules Coumoul, o Ministério Público "é o agente ativo da Justiça em todos os assuntos em que predomina o interesse geral. Da função judiciária ele é o dínamo que a impulsiona ou a faz mover", quando – permitimo-nos aduzir – só de interesse particular, pessoal ou disponível não se trate" (TUCCI; CRUZ e TUCCI, 1989, p. 225).

⁹⁴ ANDRADE, 2010b, p. 2.

⁹⁵ Nossos Tribunais interpretam haver um sistema acusatório, na medida em que inexistente regra expressa sobre o tema. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça preservam a possibilidade de investigações criminais presididas pelo Poder Judiciário, com afastamento das regras essenciais de um sistema acusatório – são resquícios de um sistema inquisitório e/ou misto. (ANDRADE, 2010a, p. 4).

⁹⁶ A origem da gestão da prova foi a reforma do Código de Processo Penal acontecida na Itália, onde prevaleceu a vontade estatal de possibilitar o juiz atuar de ofício na fase probatória, conforme veio expressado nos artigos 190 e 507 do referido Código, justamente como forma de controle essencial sobre a atividade das partes, especialmente pelos interesses indisponíveis que estão sendo discutidos no processo penal (ANDRADE, 2010b, p. 7).

⁹⁷ Com base nessa afirmação, foi referido que o sistema brasileiro era inquisitivo, na medida em que haveria uma gestão primordial pelo juiz, bastando que o juiz tivesse poderes instrutórios, sem a necessidade da extrema concentração, dado que, ao produzir prova em favor da acusação, já teria sua vontade viciada e dirigida para a condenação (ANDRADE, 2010b, p. 12-13).

⁹⁸ ANDRADE, 2010b, p. 27.

A iniciativa probatória do juízo é vista, inadvertidamente, como uma violação do princípio acusatório, que busca garantir a imparcialidade judicial a partir da ideia de que *ne procedat iudex ex officio*. Disto se extrai a regra de que é imprescindível a correlação entre a acusação e a sentença.⁹⁹

Há formas de qualificar a atuação do juízo na gestão da prova. A primeira consiste na gestão da prova de ofício de maneira ampla, ou seja, ainda que as partes não a tenham requerido, como no caso do artigo 10 do Código de Processo Civil francês.¹⁰⁰ A outra caracteriza-se na possibilidade do juízo estimular que as partes produzam provas que entenda relevantes, ainda que as partes não as tenham produzido, nos termos do artigo 429.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola.¹⁰¹ Entretanto, independentemente do modelo, cabe observar que não há um retorno à Inquisição, na medida em que a atuação dá-se de forma acessória e complementar à das partes – somente após perceber a necessidade de produção de alguma prova que não fora requerida pelas partes é que pode o juízo atuar de ofício.¹⁰²

Convém observar que a hipótese espanhola já vinha prevista no Direito Romano acusatório. Os juízes romanos recebiam três tipos de votos (de absolvição, de condenação e de *non liquet* – “não está claro”). Ao vingar a votação de *non liquet*, era determinado às partes que produzissem outras provas para sanar a dúvida judicial, com a necessidade de uma ampliação da fase instrutória,¹⁰³ sem qualquer menção de quebra da imparcialidade daqueles que realizavam o julgamento.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

Cabe ao juízo manter a regularidade processual, a ordem dos atos, sem interesse no resultado final do que lhe é posto a julgamento, sob pena de impedimento, inexistência ou nulidade.¹⁰⁶ Não está ele determinado a um ato de mera estética, na medida em que a sentença é estabelecida sobre o caso concreto,

⁹⁹ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 112-113.

¹⁰⁰ *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.*

¹⁰¹ 1. *Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.*

¹⁰² TARUFFO, 2012, p. 202-203.

¹⁰³ Além do *non liquet*, interessante notar que, no sistema romano, o juízo condenatório determinava a pronta execução da sentença, enquanto que a absolvição ensejava processo contra o acusador (TUCCI, 1976, p. 155).

¹⁰⁴ ANDRADE, 2010b, p. 17-18.

¹⁰⁵ Da leitura do artigo 480, § 1º (concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos) e do artigo 481 (se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias), ambos do Código de Processo Penal brasileiro, vê-se que é possível a ocorrência de tal fenômeno em nosso ordenamento jurídico.

¹⁰⁶ TORNAGHI, 1987, p. 141.

a partir da generalidade que a lei impõe.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

E aqui surge a principal confusão acerca do tema:¹⁰⁹ querer estabelecer a ideia de que o sistema inquisitivo se caracteriza pela gestão da prova em mãos do juiz, quando, em verdade, a real diferenciação reside na diferenciação de funções entre o juiz e o acusador¹¹⁰⁻¹¹¹ – sem esquecer, como já visto, que existia a figura do acusador na Inquisição.

Além disso, a ressalva de somente produzir prova em prol da defesa (como o projeto de alteração do CPP brasileiro quer aceitar) somente existiu no processo inquisitivo,¹¹²⁻¹¹³ nunca no sistema acusatório.¹¹⁴ Ou seja, a imagem do juiz que atua em prol do acusado está fundada em uma percepção totalmente diversa da própria intenção do projeto.¹¹⁵⁻¹¹⁶ Na mesma linha, confunde-se a noção de disponibilidade da prova em processo penal como algo inerente ao sistema acusatório, quando, em verdade, somente existiu tal situação no âmbito do sistema inquisitório.¹¹⁷

¹⁰⁷ TORNAGHI, 1987, p. 155.

¹⁰⁸ Por oportuno: “A lei observa os cânones da lógica; a vida, que a sentença espelha, não tem lógica.” (TORNAGHI, 1987, p. 155).

¹⁰⁹ “En atención a lo expuesto, la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del fin esencial del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con uno de los medios posibles para lograr este fin (...)” (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 114).

¹¹⁰ ANDRADE, 2010b, fl. 31.

¹¹¹ Na linha do que expõe a doutrina, em processo penal, “[...] la única dualidad existente es ‘acusatorio/inquisitivo’ [...] dejando para el principio acusatorio solamente aquello que le es propio: la necesidad de existencia de una acusación no ejercida por el juez [...]” (NIEVA FENOLL, 2013, p. 141).

¹¹² A Inquisição espanhola não admitia que o juízo produzisse prova contra o acusado, conforme se observa da Instrução 14 de Torquemada. Isto ocorria mesmo quando a tortura (rainha das provas) não era requerida pelo acusador público, conforme a Instrução 21 de Valdés. A prova de ofício era determinada para a demonstração da inocência do sujeito acusado por heresia (ANDRADE, 2010b, p. 27).

¹¹³ “[...] Mas em tal caso os inquisidores devem muito catar e examinar as testemunhas: e procurar saber que pessoas são: e se depuseram com ódio e malquerença: ou por outra má corrupção: e reperguntar-lhes com muita diligência e haver informação de outras testemunhas sobre a conversão e fama e consciência das testemunhas que depõem contra o acusado: o qual se remete a suas consciências” (ANDRADE, 2006, p. 32, Instruções de Torquemada).

¹¹⁴ ANDRADE, 2010b, p. 30.

¹¹⁵ ANDRADE, 2010a, p. 12.

¹¹⁶ “Logo os inquisidores com diligência se ocuparão em tomar as defesas que o réu tem pedidas e que lhe podem revelar, recebendo e examinando as testemunhas de seus abonos e indiretas, e as que apresentar para provar as contraditas feitas às testemunhas que contra o réu depuseram. E façam com mui grande diligência todas as coisas que convenham à liquidação de sua inocência, com igual cuidado que houverem feito o que diz respeito à averiguação da culpa, tendo grande consideração a que o réu por sua prisão não pode fazer tudo o que seja necessário e faria se estivesse em sua liberdade para seguir sua causa” (ANDRADE, 2006, p. 114, instruções de Valdés). Em outro clássico da Inquisição: “[...] O testemunho de um inimigo mortal deve ser recusado. Eventualmente, cabe ao inquisidor investigar sobre o tipo ou o grau de inimizade existente entre a testemunha e o réu” (EYMERICH, 1993, p. 217). De forma derradeira: “[...] Cumpre porém ao Juiz, por força do cargo, inquirir sobre qualquer inimizade pessoal manifestada ou sentida pelas testemunhas para com a prisioneira: e tais não poderão ser admitidas ou levadas em conta, como demonstraremos adiante. E quando as testemunhas prestam um depoimento confuso por alguma coisa que dependa de sua consciência, o Juiz poderá submetê-la a um segundo interrogatório. Porque quanto menor a oportunidade que a prisioneira tem de se defender, com maior diligência e critério há de conduzir o Juiz o julgamento” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 401).

¹¹⁷ “[...] En el sistema inquisitivo se percibía que el juez sí que poseía ese poder dispositivo, pero precisamente porque el juez era una de las partes y, por tanto, era legítimo – dentro de ese esquema – que tuviera ese poder de disposición, que al esa rem manos del juez se concretaba, como ya se dijo, en el principio de oficialidad

Aliás, também há outra confusão. A persecução penal tem duas fases: a pré-processual, realizada por órgãos da Administração Pública; a segunda, processual, formalmente acusatória e dotada de inquisitividade, e que pode levar à absolvição ou à condenação,¹¹⁸ dada a relevância do conflito.¹¹⁹ Ou seja, o processo inicia pela ação de uma das partes, visando ao julgamento da causa levada à cognição judicial.¹²⁰

Dito de outro modo, há confusão entre o procedimento inquisitório, que tem a ver com a forma do processo, e a inquisitividade da atuação dos agentes estatais, que diz respeito à verificação da realidade dos fatos tidos como relevantes para a apreciação da causa,¹²¹ que confere ao magistrado a possibilidade de perquirir a verdade dos fatos apresentados ao seu conhecimento.¹²²

Mesmo o principal autor apontado como responsável pelo entendimento acerca da vedação do juiz em atuar na gestão da prova (até mesmo como critério diferenciador entre sistema acusatório e inquisitivo) não conforta a tese que, no Brasil, é advogada. Para Franco Cordero,¹²³ em trabalho publicado em 1964, a distinção dos sistemas estaria centrada na presença de uma acusação no primeiro, e somente na atuação de ofício no segundo sistema.¹²⁴ Cordero¹²⁵ diz ser paranoico um juiz atrelado ao modo inquisitivo, porém ressalta a existência de um verdadeiro modelo acusatório na Itália, voltado para a obrigatoriedade da ação penal e para a possibilidade de atuação judicial probatória supletiva, com o que se diferencia do modelo anglossaxônico.¹²⁶⁻¹²⁷

Até mesmo Carnelutti viu a gestão da prova pelo juiz como algo inerente ao processo penal, notadamente quando redigiu o projeto de lei para substituir o Código Rocco de 1930.¹²⁸

entendido em modo maximalista [...]” (NIEVA FENOLL, 2013, p. 143).

¹¹⁸ TUCCI, 2002, p. 167.

¹¹⁹ TUCCI, 2002, p. 177.

¹²⁰ TUCCI, 2002, p. 168-169.

¹²¹ TUCCI, 2002, p. 26.

¹²² TUCCI, 2002, p. 27.

¹²³ Como diz a doutrina: “Pois bem. Sem meias palavras, em nenhum momento nos sentimos constrangidos em afirmar que os defensores da teoria da gestão da prova não reproduzem as palavras de Cordero simplesmente porque não lhes interessa. Mais que isso, caso as reproduzissem, seria de conhecimento público que o autor italiano jamais vinculou o juiz ativo ao sistema inquisitivo, tal como se publica em larga escala no país. Logo, essa corrente de autores soterraria por completo o sucesso do que ela se propôs a fazer: construir ideologicamente um perfil de juiz, invocando a lição de quem não lecionou nesse sentido. [...] De modo mais claro, o que fez o autor italiano foi vincular os tais quadros mentais paranoicos ao inquisidor que trabalha sozinho no processo, sem que sua atuação probatória seja submetida ao contraditório por parte do sujeito passivo daquele mesmo processo [...]” (ANDRADE, 2013, p. 219).

¹²⁴ ANDRADE, 2010b, p. 39.

¹²⁵ CORDERO, 2000, p. 21.

¹²⁶ CORDERO, 2000, p. 101.

¹²⁷ ANDRADE, 2010b, p. 40.

¹²⁸ Na linha do projeto: “Art. 86. *L’inchiesta preliminare serve a non stabilire la certezza ma la probabilità che il reato sia stato commesso. A tal fine il pubblico ministero può interrogare l’imputato, esaminare i testimoni, ispezionare persone e cose, procedere a riconoscimenti o a confronti e fare quant’altro è necessario alla provvista delle prove da proporre al dibattimento. Il pubblico ministero, per il compimento di tali atti,*

Também há de ser dito que a gestão da prova pelo juízo não guarda nenhuma ofensa ao chamado Estado Democrático de Direito, justamente porque não há qualquer risco para a democracia se o juiz resolver inquirir alguém. Dizer que há afetação da democracia consiste, apenas, em um discurso de retórica. Por exemplo, Alemanha,¹²⁹ Itália¹³⁰ e Portugal¹³¹ são democracias e admitem a gestão da prova pelo juízo,¹³²⁻¹³³ assim como os Estados Unidos.

Aliás, calha fazer alguns comentários com mais vagar acerca de tais países.

Com exceção de Portugal, os outros países citados admitem a negociação como forma de obtenção de condenação criminal (na Alemanha, recebe o nome de *Absprachen*; na Itália, de *patteggiamento*; e, nos Estados Unidos, de *guilty plea*). Ou seja, tanto acusação como defesa podem dispor de maiores interesses probatórios para resolução do processo criminal. E, aqui, surgem elementos de grande importância ao presente estudo.

O Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), em decisão de 2013, ao analisar o sistema de acordos em sentença criminal germânico, salientou que continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão.¹³⁴

Na Itália, desde a Sentença nº 313 de 1990 da Corte Constitucional, restou definido que o juízo faça o devido exame da proporcionalidade e adequação da pena, que não pode ficar ao mero alvedrio e pactuação entre as partes,¹³⁵

può richiedere l'assistenza della polizia giudiziaria o anche delegare quest'ultima affinché compia atti determinati, esclusi l'interrogatorio dell'imputato, i riconoscimenti e i confronti. Art. 126. Il pretore o il presidente invita l'imputato a rispondere alla esposizione del pubblico ministero o del difensore dell'offeso. Alla fine di tale esposizione, il pretore o il presidente può rivolgere all'imputato le interrogazioni che egli, gli altri componenti del collegio, il pubblico ministero o i difensore ritengono opportune per la migliore conoscenza dei fatti. Art. 134. Qualora dalla istruzione eseguita al dibattimento emerga l'esistenza di persone o di cose che possano servire utilmente da prova, il pubblico ministero, il privato accusatore o il difensore possono proporle e il giudice, anche di ufficio, può disporne la acquisizione; in particolare può ordinare che siano chiamati al dibattimento nuovi testimoni." (exposição presente em Andrade, 2010b, p. 44).

¹²⁹ StPO, § 244, II: *Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.*

¹³⁰ Codice di Procedura Penale, art. 507 (já citado anteriormente).

¹³¹ Art. 340º, 1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

¹³² ANDRADE, 2010b, p. 47.

¹³³ Por relevante, e para que não se perca, o próprio Código de Processo Penal Modelo para a América Latina autoriza a gestão da prova judicial. Citam-se: 1) 147. *Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. 1. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320. 2) 289. Prueba de oficio. En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas.*

¹³⁴ ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

¹³⁵ "[...] qui, invece, il giudice trae il suo convincimento proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in

notadamente pelo que dispõe o artigo 27, 3, da Constituição de lá (“*le pene non possono consistere in trattamenti contrari ao senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”). Assim, o julgador confere a formalidade do rito escolhido, a adequação da pena imposta, a correção da qualificação jurídica dos fatos¹³⁶ e se foi devidamente analisado o comportamento do acusado.¹³⁷ Também tem ele a possibilidade de decretar a absolvição do réu, ainda que presente o acordo, com base no artigo 129 do Código de Processo Penal.¹³⁸

Ou seja, a decisão não pode estar fulcrada, unicamente, no acordo formulado entre a acusação e a defesa.¹³⁹⁻¹⁴⁰ Inexiste a renúncia à manifestação judicial quanto à verdade e à responsabilidade.¹⁴¹⁻¹⁴² Se não houver concordância judicial, o

cui le parti le hanno valutate, sicché ben può contestare che la definizione giuridica cui le parti s’attengono non è quella che effettivamente discende dalle risultanze. E già questa è valutazione di merito ed aspetto essenziale della soggezione del giudice soltanto alla legge” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 6). Ou, como diz Callari (2012, p. 3): “[...] la Corte costituzionale rinsaldò, definitivamente, nelle mani del giudice il potere-dovere di accertare l’assenza di elementi per un proscioglimento allo stato degli atti, e di valutare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze, la sussistenza di circostanze attenuanti e la retta applicazione dei criteri utilizzati nella prospettazione di un giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti [...]”

¹³⁶ ANGELINI, 2013, p. 224.

¹³⁷ O juiz deve negar a homologação do acordo quando constatar que a pena é excessivamente leve e não contribui com a reeducação do arguido, se considerada a gravidade da conduta penal e a capacidade de delinquir do réu (PITTARO, 1999, p. 20).

¹³⁸ “Art.129 Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. 1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza (442, 444, 455, 459, 469, 531, 26 min.). 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato (150 e seg. c.p.) ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione (530) o di non luogo a procedere (425) con la formula prescritta.”

¹³⁹ Chamada a decidir sobre a questão, a Corte de Cassação italiana, por suas Seções Unidas, entendeu que não haveria qualquer mácula à imparcialidade judicial quando o juiz suprisses a atividade probatória do Ministério Público. Em interpretação extensiva ao artigo 507 do Código de Processo Penal, na medida em que não havia qualquer impedimento ao magistrado em atuar de ofício na produção de prova que não fora tempestivamente requerida pela parte, mesmo que provocado pela parte que a deixou de arrolar. Ou seja, o artigo em questão autoriza que o julgador seja mais do que um árbitro (ANDRADE, 2010b, p. 8-9). Essa conclusão decorre do fato de que o Ministério Público italiano está atrelado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pelo que a ação ajuizada é indisponível. Assim, não poderia a condução da ação ser feita como se fosse disponível, servindo o juízo como controle sobre a atuação do acusador público, como garantidor de seu cumprimento. Entretanto, a atuação judicial não se aplica, somente, para a hipótese de acusação. Ele também pode atuar em prol do acusado, em decorrência dos princípios da legalidade e da igualdade (ANDRADE, 2010b, p. 9-10).

¹⁴⁰ A formação da convicção judicial está nas bases fáticas obtidas e demonstradas no processo, não pela mera vinculação à vontade das partes, o que justifica sua atuação independente sobre o mérito da causa penal (FROMMANN, 2009, p. 216).

¹⁴¹ CALLARI, 2012, p. 13.

¹⁴² Trata-se de uma característica peculiar do sistema italiano, apesar de ter introduzido sinais de sistema adversarial em seu processo penal (FROMMANN, 2009, p. 98). Vão mantidos, assim, dispositivos constitucionais que determinam a finalidade da pena (artigo 27, nº 1 – *la responsabilità penale é personale* – e 3, da Constituição italiana), a legalidade do perseguição penal (artigo 127 da Constituição italiana), a liberdade pessoal (artigo 13 da Constituição italiana – *la libertà personale é inviolabile*), o direito à defesa (artigo 24, nº 2, da Constituição italiana – *la difesa é diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*) e a presunção de inocência ou de não culpabilidade (artigo 27, nº 2, da Constituição italiana – *l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*) (CALLARI,

acordo é rejeitado por *ordinanza*,¹⁴³ com a devolução ao Ministério Público, seja para readequação do acordo, seja para seguimento da ação penal se não for viável a readequação.¹⁴⁴

E o mais marcante vem descrito nos Estados Unidos. Mesmo com a previsão de disponibilidade da ação penal pelas partes, há regras expressas no sentido de que haja uma busca mais aprofundada da verdade dentro do processo penal.¹⁴⁵ É o que se pode concluir do exame da *Rule 102* inserida na *Federal Rules of Evidence*,¹⁴⁶ da *Rule 614 (a)* descrita na mesma *Federal Rules of Evidence*¹⁴⁷ e da *Rule 2* presente na *Federal Rules of Criminal Procedure*.¹⁴⁸

A propósito, algumas das principais críticas ao sistema americano residem, justamente, no papel assumido pelos juízes em vista dos acordos.¹⁴⁹ Isto porque a função do juiz acaba por ser a de evitar, não a de realizar, juízos orais e públicos, pelo que seria um coator do acusado – ou seja, faz com o que júri seja utilizado em pouquíssimos casos.¹⁵⁰ Aliás, até é possível dizer que o sistema americano de negociação aproxima-se do sistema inquisitivo, já que a investigação do Ministério Público americano é que conduz à pena ser imposta, com a aquiescência dos advogados e dos juízes.¹⁵¹

2012, p. 10). A atividade judicial faz o controle da exatidão entre o fato, a qualificação jurídica dele e a sanção adequada (CALLARI, 2012, p. 3).

¹⁴³ Da rejeição por *ordinanza*, somente o réu pode apelar, juntamente com a eventual sentença condenatória que venha a ser apresentada (ANGELINI, 2013, p. 226-227).

¹⁴⁴ ANGELINI, 2013, p. 224.

¹⁴⁵ A doutrina americana apresenta que: “*We often talk about trial as ‘fights’ or ‘contests’, and envisage evenly matched combatants operating under the same rules enforced by a neutral referee. But closer examination reveals the inaccuracies of this analogy. The combatants are not equal and do not play at the same rules. Prosecutors are supposed to care not just about convicting, but about justice, and so they have different responsibilities from defense attorneys. By the same token, a judge cannot simply be a neutral referee indifferent to the outcome. He or she should also be responsible for seeing that justice is done*” (PIZZI, 1999, p. 149). Pizzi (1999, p. 142, 144-145 e 222) apresenta que um dos problemas do fraco papel desempenhado pelos juízes no sistema americano decorre da confusão entre imparcialidade com passividade e que o sistema americano ainda não definiu qual a sua verdadeira prioridade, na medida em que, ao contrário de outros sistemas, o americano está muito mais vinculado à compreensão de que deve prevalecer a vitória de uma parte sobre a outra, não na persecução da justiça, notadamente quando se observa que a estrutura recursal está muito mais preocupada em encontrar os erros procedimentais de quem julga do que o acerto da decisão, motivo pelo qual os juízes acabam por considerar mais aquilo que os tribunais apontam como erro de procedimento, desfocando da noção de busca da substancialidade do processo.

¹⁴⁶ *These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.*

¹⁴⁷ (a) *Calling. The court may call a witness on its own or at a party’s request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) Examining. The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) Objections. A party may object to the court’s calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present.*

¹⁴⁸ *These rules are to be interpreted to provide for the just determination of every criminal proceeding, to secure simplicity in procedure and fairness in administration, and to eliminate unjustifiable expense and delay.*

¹⁴⁹ “*Perhaps the most radical solution to these agency cost problems is to give judges a more active role in reviewing plea bargaining. [...] By digging into the evidence, judges might gain a sense of how strong the government’s case is and thus how large a discount award at sentencing [...]*” (BIBAS, 2004, p. 2542-2543).

¹⁵⁰ Montero Aroca (2014, p. 85-86), dentre muitos outros.

¹⁵¹ MONTERO AROCA, 2014, p. 87.

E onde toda a discussão encontra palavras finais é em Portugal. Como dito anteriormente, o sistema acusatório tem previsão constitucional em território lusitano. Porém, o Tribunal Constitucional português externou lapidar lição sobre o tema, que, dada sua relevância, vai transcrita para evitar-se perda de conteúdo e de ideia: “Há que partir da constatação, já feita no Acórdão nº 584/96, de que o artigo 340º, nº 1 do Código de Processo Penal é o lugar de afirmação paradigmática do princípio da investigação ou da verdade material. Este princípio significa, mesmo no quadro de um processo penal orientado pelo princípio acusatório (artigo 32º, nº 5 da Constituição), que o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria ‘instrução’ sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material”.¹⁵²

Também é relevante indicar o que estabelece a Recomendação n. R(87)18 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (que previu a possibilidade de consenso dentro do processo penal), em seu inciso III, alínea “a”, nº 6: *In systems which provide for judicial investigation, the possibility of dispensing with it should be accompanied by safeguards at three levels: (...) - at the stage of the court hearing, the bench must be able to make conclusive investigations during the said hearing in order to determine itself the validity of the charges laid before it and, if considered useful, to entrust an independent judicial authority with the task of making supplementary enquiries.*

Mas, por dever de lealdade, cumpre citar que a questão que envolvia a iniciativa probatória do juízo nesses países levou a extinção de tal poder ao juiz de instrução¹⁵³ (aquele que preside a fase de instrução que antecede o oferecimento da acusação, ou seja, que atua na fase de investigação). A consequência disto foi conceder a fase de investigação a quem é seu titular, ou seja, o Ministério Público¹⁵⁴ - em momento algum, como já visto, o juiz que analisará o mérito da ação penal, após o oferecimento da acusação, está proibido de determinar provas de ofício, se a atividade das partes for deficitária.¹⁵⁵

¹⁵² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 363/01. Acórdão nº 137/02, documento não paginado. Aliás, em outra decisão advinda do território português, mais recente: “[...] As diligências processuais, enquanto meios de prova, são classificadas no CPP, como essenciais, necessárias e convenientes, prevendo-se no art. 340º do CPP que o juiz, oficiosamente ou a requerimento, realiza as diligências necessárias, relevantes, de grande interesse, absolutamente indispensáveis à descoberta da verdade, mandando, até, notificar as partes dessa necessidade, nos termos do n.º 2 do art. citado, se não figurarem na acusação ou pronúncia. Mas recusará a sua concretização se for notório que se mostram irrelevantes ou supérfluas, inadequadas, de obtenção impossível ou muito duvidoso ou norteadas por motivos dilatórios – n.º 4 do art. 340º [...]” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo nº 331/04.OTAFIG-B.C1-A.S1, p.2).

¹⁵³ Nos termos do Código de Processo Penal, o juiz de instrução, em Portugal, dentre outros, aplica medidas de coação ou de garantia patrimonial (artigo 268º, 1, b), ordena buscas domiciliares, interceptações e gravações de conversações ou comunicações (artigo 269º, 1, c, d), realiza a instrução para comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito (artigo 286º, 1) e profere despacho de pronúncia ou de não pronúncia, com as razões de fato e de direito enunciadas na acusação ou no requerimento de abertura da instrução (artigo 307º). O juiz de instrução que realizar esta última competência estará impedido de intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver, conforme o artigo 40º.

¹⁵⁴ ANDRADE, 2013, p. 206.

¹⁵⁵ ANDRADE, 2013, p. 210.

Essa discussão também afronta a própria história que envolve a atuação judicial na produção da prova.

A doutrina¹⁵⁶⁻¹⁵⁷ explica que, entre os anos de 1237 e 1296, os glosadores (lidos na fonte), indicavam que a real definição da regra era de que *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, sendo que DURANTI, p. ex., ao realizar as glosas ao Digesto [Livro I, Título XVIII (*De officio praesidis*), Lei VI (*Illicitas*), § I (*Veritas*)], comentou que *Sententia ferri debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

O erro doutrinário surgiu quando WACH,¹⁵⁸ em seus comentários ao Código de Processo Civil alemão no século XIX, indicou que o juiz deveria realizar provas *secundum allegata et probata partium, nicht secundum suam conscientiam*.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

Entretanto, como se vê, o que houve foi um efetivo erro de leitura e interpretação do brocardo pelo doutrinador alemão. Ele tem um significado muito bem definido: o juiz somente pode decidir dentro dos limites expostos pela prova produzida em juízo, não podendo recorrer ao seu conhecimento privado (aquilo que o juízo conhece por sua vida privada, mas que não consta nos autos). Assim, nada há a impedir de atuar na produção da prova, já que tem o dever de decidir com base no conhecimento correto dos fatos.¹⁶¹ Em momento algum, o brocardo estabeleceu que somente às partes competiria a produção da prova no processo.¹⁶²

O que se observa é que há uma reação preconceituosa dentro do processo penal que inexistente no processo civil (no processo civil, há plena liberdade do juiz atuar na atividade probatória¹⁶³). Afinal, muitos veem o processo penal como uma violência do Estado, quando se esquece que, na verdade, a assunção do processo penal pelo Estado decorreu, justamente, da intenção do Estado em evitar a violência

¹⁵⁶ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 34.

¹⁵⁷ De notar que, na sua obra original, o autor citado apresenta as cópias dos documentos de onde foram retiradas as informações ora mencionadas (PICÓ I JUNOY, 2007, apêndice).

¹⁵⁸ Também explica a doutrina que CHIOVENDA, possivelmente por influência de WACH, apresentou a expressão de que *iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*, de forma a apresentar o sistema dispositivo. Porém, em suas lições, nunca procurou limitar a atividade probatória judicial, apesar da “importação” do pensamento professor germânico (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 47-49).

¹⁵⁹ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 40.

¹⁶⁰ Nesse erro, também, é apontado que CALAMANDREI explicava a impossibilidade do juízo modificar os fatos alegados pelas partes, bem como não poderia ele se utilizar de provas diversas daquelas presentes nos processos (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 49). Ou seja, além da utilização inadequada do brocardo, emprestou a ele a impossibilidade de o juiz realizar iniciativa probatória do juiz civil (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 51).

¹⁶¹ TARUFFO, 2012, p. 47-49.

¹⁶² TARUFFO, 2012, p. 204.

¹⁶³ Como já disse o Supremo Tribunal Federal Brasileiro: “A Corte lembrou que o CPC/1939, em seu art. 118, já facultava ao magistrado considerar os fatos e circunstâncias constantes no processo, ainda que não alegados pelas partes. Destacou que o CPC/1973 conferiu maiores poderes ao juiz na condução e instrução do processo. [...] Apontou que, tendo em conta a existência de relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado seria possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito. Salientou que as partes continuariam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1082-DF, documento não paginado).

decorrente das vinganças privadas, bem como para evitar que os réus coagissem os acusadores particulares para que os processos fossem retirados.¹⁶⁴⁻¹⁶⁵

Sempre é válida a perplexidade exposta por Montero Aroca,¹⁶⁶ na medida em que não existe qualquer explicação plausível de que o dinheiro importe em uma verdade material e uma atuação judicial de ofício, enquanto o serviço judicial que versa sobre a liberdade individual esteja limitado pelo contraditório das partes.¹⁶⁷

A razão que motiva a produção probatória judicial de ofício no plano cível legitima a do juiz penal, pois o objetivo do processo e da prova são os mesmos, na medida em que a efetividade na análise dos interesses trazidos ao processo é que pode alcançar o fim de justiça previsto no preâmbulo da Constituição, como um ideal de comunidade, público, a ser obtido pelo ordenamento jurídico e protegido pelo Estado.¹⁶⁸

E isso é feito sem a mínima preocupação com o inusitado da situação que surge em Comarcas onde labora apenas um juiz, que seria tido como parcial no crime e imparcial no cível.¹⁶⁹

Em verdade, a iniciativa probatória de ofício não afeta a imparcialidade judicial e não atenta contra o sistema acusatório. Proibi-lo de gerir prova é também proibi-lo de exercer o instrumento pelo qual concretiza sua função jurisdicional, qual seja, o processo,¹⁷⁰ pois, como bem apontado pela doutrina, “[...] *debe recordarse que la actividad probatória no es investigadora, sino simplemente verificadora*”.¹⁷¹

O devido processo legal, portanto, protege as garantias individuais e obtém decisões que podem ser definidas como justas, de maneira que haja a melhor aplicação da norma sobre a situação fática apresentada como objeto processual. Afinal, a proteção das garantias não é salvaguarda para o estabelecimento da verdade, dado que as partes podem não desejar que ela surja no processo.¹⁷²

¹⁶⁴ ANDRADE, 2010b, p. 50.

¹⁶⁵ O processo civil também é tido como de natureza pública e admite a liberdade probatória do juízo, obra da influência do jurista italiano Enrico Tullio Liebman. Fica evidente a existência de imparcialidade judicial em qualquer esfera, sob pena de termos de trabalhar com situações contraditórias entre si na pessoa de um mesmo juiz, como, p. ex., reconhecer-se sua imparcialidade quando labora em um processo cível, mas sua falta quando receber um processo criminal; ou, então, concordar que ele possa produzir prova de ofício para resolver uma querela indenizatória entre vizinhos e mandar permanecer imóvel quando se tratar da liberdade humana (raciocínio que se faz a partir da leitura de ANDRADE, 2010b, p. 53-54). Deve ser lembrado que a mesma superestrutura estatal encontra-se no cível, com as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público. (ANDRADE, 2010b, p. 54).

¹⁶⁶ MONTERO AROCA, 2014, p. 100-101.

¹⁶⁷ Por oportuno, o autor expõe que, no século XIX, o juiz penal tinha a amplitude probatória *ex officio*, ao passo que o juiz cível não a possuía, o que se inverte no final do século XX (MONTERO AROCA, 2014, p. 19-21).

¹⁶⁸ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 131-132.

¹⁶⁹ Como bem lembra Andrade (2010b, p. 55).

¹⁷⁰ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 137.

¹⁷¹ MONTERO AROCA, 2014, p. 34.

¹⁷² TARUFFO, 2012, p. 141-142.

Assim, é possível afirmar a exigência de que a decisão seja consequência de um processo que proteja os direitos e garantias fundamentais em sentido amplo; que tenha havido a devida interpretação e aplicação da norma ao caso concreto; e que haja a adequada persecução da verdade, na medida em que não há justiça atrelada a fundamentos errôneos.¹⁷³

Não se sustenta uma atividade probatória ilimitada, seja para proteção do próprio acusado, seja para garantia do sistema acusatório.¹⁷⁴ Deve estar ela jungida aos limites já expostos na acusação,¹⁷⁵ que deverá já trazer as fontes de prova que a confortem e sobre as quais terá lugar sua atividade probatória posterior, com a garantia de que as partes poderão conhecê-la e contraditá-la (em vista do direito de defesa).¹⁷⁶ Esta atividade probatória pelo juízo colabora para a efetividade do processo, desde que seja realizada com respeito aos direitos dos juízes e das partes.¹⁷⁷ O que deve ser garantido é o contraditório às partes:¹⁷⁸ possibilidade de se manifestar, de forma crítica, sobre a prova determinada de ofício e de produzir prova para contrariar referida prova.¹⁷⁹

Calha ter presente que a imparcialidade judicial está exatamente vinculada à busca pela verdade, na medida em que a falta de tal predicado condiciona a vontade judicial¹⁸⁰ no momento da decisão, seja por interesses pessoais, seja por pré-julgamento,¹⁸¹ seja por divergência quanto a valores de cunho pessoal, p. ex.,¹⁸²⁻¹⁸³ por isto que ele não pode ser parte com pretensões postulatórias no

¹⁷³ TARUFFO, 2012, p. 142.

¹⁷⁴ Já diz Mata-Mouros que as principais notas da função jurisdicional são o *nemo iudex sine actore*, o princípio do contraditório e a imparcialidade do terceiro julgador (MATA-MOUROS, 2011, p. 75).

¹⁷⁵ O juiz deve estar jungido aos fatos e às pretensões das partes (MONTERO AROCA, 2014, p. 91). "(...) *Es decir, las partes tendrían a su disposición todos los medios de prueba, y el juez simplemente complementaría, pero no supliría, dicha actividad (...)*" (NIEVA FENOLL, 2013, p. 145).

¹⁷⁶ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 138.

¹⁷⁷ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 141.

¹⁷⁸ Nos termos do artigo 16 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso.*

¹⁷⁹ TARUFFO, 2012, p. 206.

¹⁸⁰ Como pode ser observado, sem prejuízo de outras disposições legais, do que consta no Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 252: O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

¹⁸¹ Não é possível, como já apontou a Corte Europeia de Direitos Humanos, que o juiz tenha, em momento anterior, participado da investigação que levou à acusação contra alguém, mesmo que apenas como superior hierárquico daqueles que a exerceram, de fato, e sem qualquer participação efetiva sua, pois basta a possibilidade de orientação, revisão e de imposição de formas de atuação na coleta de diligências para que não haja violação do artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (UNIÃO EUROPEIA. *European Court of Human Rights. Court (Chambers). Case Piersack v. Belgium (application n. 8692/79)*, documento não paginado).

¹⁸² TARUFFO, 2012, p. 144.

¹⁸³ Afinal, e com fundamento no artigo 10 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita*

processo.¹⁸⁴ O que determina o êxito, ou não, de uma demanda é a prova e a verdade que ela revela, não o juiz realizar ou não um meio de prova,¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ dado que as partes podem buscar preencher o ônus probatório que lhes é imposto, mas não necessariamente cumprirão, com ela, a reconstrução adequada da base da controvérsia.¹⁸⁷⁻¹⁸⁸

A ideia do projeto é trazer a figura do juiz inerte. Ou seja, alguém pode ser condenado ou absolvido por incompetência ou ajuste das partes, sem que, contra isso, o juiz algo possa fazer. É por isso que, jocosamente, parte da doutrina considera esta última visão de juiz como decorrência da “teoria esportiva da justiça” ou da “regra do não te metas”.¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

O que pretende esse “novo” defensor do acusado – que ocupa o assento de um juiz, nos termos do projeto brasileiro – é buscar elementos que, ao menos, permitam-lhe invocar o princípio *in dubio pro reo*¹⁹¹ para absolver o acusado, já que o princípio da presunção de inocência foi superado pela atividade probatória de quem figura como acusador.¹⁹²

E isso não se pode aceitar! A lei, portanto, não pode dispensar o juiz de

todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.

¹⁸⁴ MONTERO AROCA, 2014, p. 95.

¹⁸⁵ TARUFFO, 2012, p. 146.

¹⁸⁶ Como diz a doutrina, “[...] se (e na medida em que) o processo for epistemologicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes [...]” (TARUFFO, 2012, p. 200).

¹⁸⁷ TARUFFO, 2012, p. 199.

¹⁸⁸ Ainda: “[...] o que deve ficar claro é que um juiz pertencente a esse sistema não perde sua imparcialidade ou converte sua atividade jurisdicional em inquisitiva. Tal atividade somente se destina a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a dela dispor, sobre um tema que é de interesse público.” (ANDRADE, 2013, p. 229), na mesma linha que se considera que “[...] uma colheita incompleta de provas não pode jamais promover a descoberta da verdade material, pois que, exceto para os acontecimentos e relações explicáveis com exatidão pelas ciências naturais, o conceito de verdade pressupõe que todas as fontes de conhecimento existentes sejam levadas em consideração [...]” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 248). Ou, noutros termos: “[...] chegaremos à conclusão não de uma vinculação à famigerada verdade real, mas de uma preservação do próprio instituto da jurisdição, criada para evitar a vingança privada (uso da força pelo ofendido) e a impunidade (uso da força pelo ofensor) [...]” (ANDRADE, 2013, 239).

¹⁸⁹ ANDRADE, 2010a, p. 11.

¹⁹⁰ No sistema adversarial, cabe ao juiz o papel de árbitro (*passive umpire*), no sentido de fazer os registros de correção da partida jogada, com a compreensão de que aquele que vence a partida não necessariamente tem razão ou tem a noção de justiça consigo. A ele, cabe dar a devida regularidade a um processo pelo qual tem razão aquele que vence. A isso pode-se chamar de *sporting theory of justice* (TARUFFO, 2012, p. 132). Assim, as partes podem ter interesse em ocultar elementos que possam beneficiar o adversário, bem como podem desejar distorcer a verdade para obtenção de benefícios próprios dentro do processo, o que pode levar à percepção de que o sistema admite que a versão dicotômica do processo seja falsa em seus dois fundamentos (TARUFFO, 2012, p. 137).

¹⁹¹ Relevante observar que o chamado princípio do *in dubio pro reo* não define uma específica regra de distribuição de provas, mas uma determinação de absolvição do acusado quando inexistente prova suficiente para afastá-lo. Assim, não pode o tribunal ser afastado da função de esclarecimento dos fatos, especialmente porque o juiz também é um dos principais agentes dentro da necessidade de preservação da paz social (NIEVA FENOLL, 2013, p. 42-43). O referido princípio tem como base a mesma raiz da boa-fé em direito civil, qual seja, a crença na bondade humana (NIEVA FENOLL, 2013, p. 77).

¹⁹² ANDRADE, 2010a, p. 13.

verificar a veracidade da acusação.¹⁹³⁻¹⁹⁴⁻¹⁹⁵ Entender o contrário, seria o mesmo que dizer que a participação judicial equivaleria à tortura¹⁹⁶ e acabar com a própria essência do processo!¹⁹⁷

O que também deve estar sempre presente que a prova não é, *de per se*, favorável ou desfavorável a quem a apresenta, na medida que seu resultado será desconhecido até o momento em que ela é realizada, razão pela qual é impossível anteciper a quem ela beneficiará antes de ser revelada em juízo.¹⁹⁸

De ser considerado que a chamada “carga subjetiva” quanto à produção da prova decorreu, exclusivamente, para delimitar quais fatos poderiam ser provados pelo juiz, de ofício, uma vez que o restante da prova competiria ao que fora proposto pelas partes, notadamente quando se sabe que, muitas vezes, a prova em prol de uma parte pode estar à disposição da outra. Ademais, sempre válido perceber que um mesmo fato pode dar origem à fundamentação de argumentos apresentados pelos dois lados do mesmo processo, na medida em que seus detalhes vão sendo expostos.¹⁹⁹

Em síntese, o Estado (no qual se enquadra o Poder Judiciário) deve tutelar os direitos dos cidadãos enquanto indivíduos e enquanto integrantes de uma coletividade, pelo que imprescindível a eficiência e a segurança como resultados de sua atividade. Disto se compreende que a segurança não está, apenas, na identificação dos autores de qualquer delito, mas também na apuração do ato ilícito e suas devidas responsabilidades.²⁰⁰ Afinal, a imposição de pena está próxima da prevenção geral positiva, ou seja, serve de meio para evitar-se que haja a propagação de crimes dentro e por aqueles que integram a sociedade.²⁰¹

Assim, o Estado, para efetivação de tal proteção, de forma necessária, adequada e proporcional deve restringir direitos fundamentais individuais. A

¹⁹³ TUCCI, 2002, p. 186.

¹⁹⁴ Afinal, Ministério Público e réu conjugam esforços para esclarecimento da verdade, sendo que o Magistrado não está vinculado aos termos de absolvição ou condenação propostos pelo Ministério Público, pois o que se busca é a sentença justa, dentro do esclarecimento da acusação exposta. O objeto da relação jurídica penal é a aplicação da lei penal ao caso concreto (conforme se depreende da leitura do acórdão constante em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso especial nº 13375-RJ, documento não paginado).

¹⁹⁵ Consoante consta no artigo 6, 1, Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”.

¹⁹⁶ Como se uma audiência, atualmente, fosse presidida como segue: “E notar que, se confessar sob tortura, deverá ser então levada para outro local e interrogada novamente, para que não confesse tão somente sob a pressão da tortura. Se após a devida sessão de tortura a acusada se recusar a confessar a verdade, caberá ao Juiz colocar diante dela outros aparelhos de tortura e dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar. Se então não for induzida pelo terror a confessar, a tortura deverá prosseguir no segundo ou no terceiro dia, mas não naquele mesmo momento, salvo se houver boas indicações de seu provável êxito” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 433).

¹⁹⁷ MONTERO AROCA, 2014, p. 96.

¹⁹⁸ NIEVA FENOLL, 2013, p. 147.

¹⁹⁹ NIEVA FENOLL, 2013, p. 38-39.

²⁰⁰ FISCHER, 2013, p. 40-41.

²⁰¹ FISCHER, 2013, p. 41.

proporcionalidade não pode superar o excesso (*Übermassverbot*) e nem se sujeitar à deficiência (*Untermassverbot*).²⁰²⁻²⁰³

6. Conclusão

De todo o exposto, cabe considerar que:

- a) o processo penal se volta à proteção de direitos e garantias fundamentais em seu sentido amplo (individuais e coletivos), e que a função jurisdicional deve estar voltada à correta interpretação e aplicação da norma;
- b) que a verdade que se busca não é a verdade real em sua extrema percepção, mas a verdade que seja juridicamente aceita para superar a presunção de inocência;
- c) que a nota de um juiz que somente atua em prol da defesa era uma regra exposta justamente na Inquisição;
- d) que o sistema acusatório nunca foi refratário à atuação judicial de ofício na produção probatória, sendo relevante que esteja ela vinculada aos limites da acusação, ao contraditório e parta da iniciativa probatória já delimitada pelos demais sujeitos processuais;
- e) que a compreensão de inquisitividade não ressuscita a Inquisição em qualquer molde, já que é dever do Estado a correta prestação jurisdicional;
- f) e que a imparcialidade judicial surge para evitar-se o excesso de um sujeito sobre o outro, bem como evitar que a deficiência de um sujeito processual prejudique a adequada atividade jurisdicional – e é o juiz o principal garantidor dessa prestação final.

Referências

ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013. *Berlin: Bundes-Verfassungs-Gericht*, 2013a. Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html>. Acesso em: 24 ago. 2013.

_____. *Strafprozessordnung (StPO)*. [S.l.: s. n., s. d.]. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

²⁰² FISCHER, 2013, p. 43-44.

²⁰³ Na linha do citado autor, o que se percebe hoje é um garantismo penal de cunho *monocular* e *hiperbólico*, ou seja, desproporcional e isolado, na medida em que atenta, exclusivamente, à proteção dos direitos individuais, e esquece que o processo penal existe para a defesa de interesses coletivos que foram violados. Ou seja, deve abarcar os direitos sociais e não apenas os individuais, em todos os âmbitos (FISCHER, 2013, p. 38-39).

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição espanhola e seu processo criminal: as instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo*. [S.l.]: Páginas de Processo Penal, 2010a. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/12/O%20Sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. Porto Alegre: AMPRS, 2010b. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachments/article/26/Teoria%20da%20gest%C3%A3o%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). *Julg*, Coimbra, v. 19, p. 221-229, jan./abr. 2013.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 247-284.

BIBAS, Stephanos. *Plea bargaining outside the shadow of trial*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 117, n. 8, p. 2463-2547, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção 1, p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 8 fev. 2014.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156 de 2009*. Reforma do código de processo penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso especial nº 13375-RJ. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 12 de novembro de 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100157244&dt_publicacao=17-02-1992&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1082- DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de maio de 2014. Informativo nº 747. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo747.htm>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação penal nº 470-AgR-segundo. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 23 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590406>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas corpus* nº 95.319-

SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de outubro de 2010. Brasília: STF, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619308>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Criminal. Apelação crime nº 70050677673. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70050677673%26num_processo%3D70050677673%26codEmenta%3D5072232+70050677673++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70050677673&comarca=Comarca%20de%20Barra%20do%20Ribeiro&dtJulg=18/12/2012&relator=Jos%C3%A9%20Conrado%20Kurtz%20de%20Souza&aba=uris>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação crime nº 70022266498. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70022266498%26num_processo%3D70022266498%26codEmenta%3D2270197+70022266498++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70022266498&comarca=Comarca%20de%20Seberi&dtJulg=12/03/2008&relator=Amilton%20Bueno%20de%20Carvalho&aba=uris>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. *Habeas corpus* nº 70003938974. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 24 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70003938974%26num_processo%3D70003938974%26codEmenta%3D489365+70003938974++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70003938974&comarca=GET%C3%9ALIO%20VARGAS&dtJulg=24/04/2002&relator=Amilton%20Bueno%20de%20Carvalho&aba=uris>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 21, n. 84, p. 31-47, 2000.

CALLARI, Francesco. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*:

uno "special" paradigm processuale cognitivo. *Archivio Penale*, Roma, n. 3, p. 1-24, 2012. Disponível em: <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/2012_callari_3.pdf>. Acesso em: 1 out. 2013.

Código modelo iberoamericano de ética judicial. In: CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, 13., 2006. Santo Domingo. Disponível em: <<http://saberleyes.blogspot.com.br/2006/06/codigo-modelo-iberoamericano-de-tica.html>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

ESTADOS UNIDOS. *Federal rules of criminal procedure*. Washington: U.S. Government

Printing Office, 2010. Disponível em: <[http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Proc edure.pdf](http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Proc%20edure.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2014.

_____. *Federal rules of evidence: as amended to december 2014*. Ithaca: Cornell Law School, [2014]. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/fre>>. Acesso em: 03 de dezembro 2014.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FEELEY, Malcolm M. *Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining*. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 31, p. 183-222, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio"*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 29-56.

FROMMANN, Maike. *Regulating plea-bargaining in Germany: can the italian approach serve as a model to guarantee the independence of german judges?* *Hanse Law Review*, Bremen, v.5, n. 1, p. 197-220, 2009. Disponível em: <<http://www.hanselawreview.org/pdf8/Vol5No2Art04.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2013.

GALAIN PALERMO, Pablo. *Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal em Alemania y Portugal. Algunos lineamientos que podrían ser considerados por el legislador nacional, considerando la necesidad de una urgente reforma del proceso penal uruguayo*. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 106, p. 43-81, abr./jun. 2006.

_____. *Relaciones entre "el derecho a la verdad" y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. In: AMBOS, Kai (Org.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 249-282.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires:

Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *El proceso penal ante el estado de derecho: estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Lima: Grijley, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código de Processo Penal Modelo para a América Latina*. São Paulo: IBDP, [2014]. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza n° 313/1990. Redattore: Presidente dott. Francesco Saja. Roma: Corte Costituzionale, 1990. p. 1-10. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 3 out. 2013.

_____. Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: Assembleia Costituente, 1947. Disponível em:<<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

_____. Decreto del Presidente della Repubblica n° 447, di 22 di settembre di 1988. Approvazione del codice di procedura penale. *Gazzeta Ufficiale*, Roma, 24 ott. 1988. Serie Generale n° 250, suppl. ordinario n° 92. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.procedura.penale:1988-09-22;447>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

KOBOR, Susanne. *Bargaining in the criminal justice systems of the united states and Germany: matter of justice and administrative efficiency within legal*. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2008.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras*. 16. edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002.

LANGBEIN, John H. *Understanding the short history of plea bargaining*. Yale Law School Faculty Scholarship Series, New Haven, Paper 544, p. 261-272, 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544>. Acesso em: 10 set. 2012.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das liberdades: desconstituição de um mito do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant Ló Blanch, 2014.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madri: Marcial Pons, 2013.

PAGE, Martin. *The first global village: how Portugal changed the world*. 15. edição. Alfragide: Casa das Letras, 2011.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch, 2007.

_____. *O juize a prova: Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PITTARO, Paolo. *L'Applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penal sostanziale*. In: PITTARO, Paolo; CHIARA, Giuseppe Di; RIGO, Fabrizio; PERONI, Francesco; SPANGHER, Giorgio. *Il Patteggiamento*. Milano: Giuffrè Editore, 1999. p. 3-22.

PIZZI, William T. *Trials without truth: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuilt it*. New York: New York University Press, 1999.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, p. 429-466, 2004.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2005. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Decreto-Lei n° 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. Aprova o código do processo penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2013c. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 24 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo n° 331/04.OTAFIG-B.C1- A.S1. Relator: Juiz Conselheiro Maia Costa, Lisboa, 8 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/Mensais/criminais2014_01.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Tribunal Constitucional. Processo n° 363/01. Acórdão n° 137/02. Relator: Conselheiro Sousa e Brito, Lisboa, 3 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020137.html>>. Acesso em: 29 set. 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Lições de direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORRÃO, Fernando. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

UNIÃO EUROPEIA. Committee of Ministers. Recommendation n° R(87) 18 of the Committee Of Ministers To Member States concerning the simplification of criminal justice. Strasbourg: Concil of Europe, [2014]. Disponível em: < [TTP ://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2](http://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608011&SecMode=1&DocId=694270&Usage=2)>. Acesso em: 30 jan. 2014.

_____. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: < [TTP://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 8 fev. 2014.

_____. European Court of Human Rights. Court (Chamber). Case Piersack v. Belgium (application n° 8692/79). Strasbourg, 1 october 1982. Disponível em: < [TTP://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)>. Acesso em 16 nov. 2014.

WEIGEND, Thomas. Is the criminal process about truth?: a German perspective. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, v. 26, n. 1, p. 157-173, 2003.